

# El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

*María Elena Jara Vásquez\**

## RESUMEN

Este artículo estudia de forma introductoria la noción de dependencia económica y de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, las tendencias regulatorias en esta materia, y la reciente aplicación de esta figura en el caso ecuatoriano, tomando como referencia las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en los casos MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA y CORPORACIÓN EL ROSADO.

**PALABRAS CLAVE:** dependencia económica, abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, Derecho de competencia, alternativa equivalente.

## ABSTRACT

This article constitutes an introductory study about the notion of economic dependence and the abuse of dominant position in situations of economic dependence; the regulatory tendencies on this subject, and the recent application of this concept in Ecuador, considering two decisions issued by the First Instance Resolution Commission of the Superintendencia de Control de Poder de Mercado in the cases MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA, and CORPORACIÓN EL ROSADO.

**KEYWORDS:** economic dependence, abuse of position of dominion in situation of economic dependence, Competition law, equivalent alternative.

FORO

---

\* Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

## ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En las últimas décadas es notoria una preocupación cada vez mayor por las consecuencias jurídicas de la asimetría de poder de negociación en el contexto de relaciones B2B (*business to business*).<sup>1</sup> En este escenario, algunos ordenamientos jurídicos se han ocupado de los abusos que pueden afectar a pequeñas y medianas empresas, a través de la figura del abuso de dependencia económica, la cual se ha tratado en algunos casos por el Derecho común y en otros por el Derecho de competencia. Esta última aproximación es la que resulta particularmente relevante para el presente análisis, considerando que el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado<sup>2</sup> (LORCPM) ha incorporado esta figura a través de reglas tan generales que despiertan una serie de inquietudes para su aplicación.

Consecuentemente, el presente análisis de carácter introductorio busca, en primer lugar, delinear la noción de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica (APDSDE) a la luz de la doctrina y del derecho comparado, así como revisar las tendencias regulatorias en esta materia, y, en segundo lugar, estudiar los problemas que la inclusión de tal figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha generado, valiéndose para tal fin de cuatro resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (CR-PISCPM).

### LA NOCIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

El concepto de dependencia económica está fuertemente vinculado con las asimetrías que pueden presentarse entre las partes de una relación contractual entre empresas. La legislación italiana define a la dependencia económica como: “la situación en la cual una empresa es capaz de determinar un excesivo desequilibrio de derechos y

- 
1. En esta línea de razonamiento, parte de la doctrina y algunas sentencias internacionales han propugnado la inclusión de pequeñas y medianas empresas entre los sujetos a ser protegidos de cláusulas abusivas que les pueden ser impuestas por empresas de mayor tamaño. Consecuentemente, algunos regímenes jurídicos han extendido a empresas la noción de consumidor. Ver al respecto Rodrigo Momberg Uribe, “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 25 (2015): 279-87. Vale la pena anotar que en el art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana (LODC), se contempla con claridad que los consumidores puedan ser personas jurídicas, en tanto adquieran productos o servicios como destinatarios finales.
  2. Publicada en el *Registro Oficial (R. O.)*, No. 555, de 13 de octubre de 2011.

obligaciones en sus relaciones con otra empresa”.<sup>3</sup> La dependencia económica surge en el contexto de relaciones comerciales verticales<sup>4</sup> en las cuales el comprador ejerce poder sobre el proveedor, o viceversa, a tal punto que la parte con mayor poder de negociación puede imponer condiciones comerciales inusuales, por ejemplo, en materia de descuentos, plazos para el pago, devolución de mercadería, pago para exhibición en perchas, entre otras situaciones que pueden presentarse.

La preocupación académica por la dependencia económica en el contexto de la relación proveedor-comprador es consecuencia de la dinámica del tráfico mercantil y de las costumbres sociales en los últimos años, las cuales han favorecido la presencia de importantes compradores. Piénsese, por ejemplo, en la preferencia de los consumidores por acudir a un solo lugar para realizar sus compras –grandes tiendas por departamentos, centros comerciales, grandes cadenas de farmacias y de supermercados, etc.– (*one stop shopping*); la preferencia por compras *on line* a grandes distribuidores (es ilustrativo el caso de Amazon); la concentración de compras de productos agrícolas y ganaderos por algunas firmas que participan en el mercado de procesamiento de alimentos, entre otros.

En estos casos, es posible que ciertos proveedores puedan ver sensiblemente disminuidos sus niveles de ventas, e inclusive desaparecer del mercado, si sus productos no son adquiridos por estos grandes compradores.<sup>5</sup> Adicionalmente, cabe anotar que el poder de compra no es motivo de análisis únicamente entre operadores privados. Por el contrario, entidades públicas pueden constituirse en compradores muy importantes, como ha ocurrido en Ecuador durante los últimos años.

En algunos casos, el poder del comprador puede configurar verdaderos monopsonios u oligopsonios,<sup>6</sup> y, en otros, sin llegar a tal nivel, el poder del comprador puede manifestarse en una marcada asimetría de poder de negociación. Al tratarse de monopsonios u oligopsonios, la doctrina económica mayoritaria ha establecido que el impacto negativo del poder del comprador no se produce exclusivamente para los

---

3. Italia, Sección 9, Ley 192, de 18 de junio de 1998.

4. Es decir, aquellas relaciones en las cuales los operadores económicos se encuentran en diferentes eslabones de la cadena de producción y distribución de un bien o servicios.

5. Ver por ejemplo Albert Foe, “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”, Documento de Trabajo No. 16-02 (s. l.: American Antitrust Institute, s. a.), 4: “Only in recent years has balance of economic power substantially shifted to giant retailers, led by Walmart and Amazon, whose command over access to consumers on a national and international scale, whether in-store or on-line, represents so large a portion of sales that their suppliers have little or no leverage in negotiating”.

6. Monopolios u oligopolios de los compradores.

proveedores, sino ordinariamente también para los consumidores.<sup>7</sup> A pesar de existir pocos casos de estudio sobre este fenómeno, las autoridades internacionales de competencia se han aproximado a la figura de los monopsonios desde el enfoque tradicional relativo al abuso de posición de dominio.<sup>8</sup>

Por otro lado, la dependencia económica puede también tener lugar en situaciones en las cuales existe una importante asimetría de poder de negociación a favor del comprador, sin que sea posible determinar que este último ostenta una posición de dominio. En este supuesto, los efectos que se distinguen con claridad son los que se producen frente a los proveedores, dependiendo los efectos para los consumidores del grado de competencia en el mercado de bienes finales (*downstream market*).<sup>9</sup> En este escenario, la dependencia económica se manifiesta en un *vis-à-vis* entre dos partes,<sup>10</sup> de las cuales una tiene el suficiente poder de negociación para imponer condiciones a la otra. Considerando la importancia de la protección del consumidor como fin último del Derecho de competencia, según la influyente Escuela de Chicago, los casos en los cuales los consumidores pueden beneficiarse de situaciones de abuso a los proveedores, por ejemplo, al imponérseles precios reducidos, han sido muchas veces considerados como intrascendentes para el Derecho de competencia. Al respecto, una parte de la doctrina ha sostenido la necesidad de subsumir el bienestar de los consumidores como meta del Derecho de la competencia, dentro de la noción de *bienestar agregado*, categoría en la cual sí cabe la protección de intereses de operadores económicos de los abusos que puedan sufrir por parte de otros operadores económicos,<sup>11</sup> posición con la cual coincidimos.

- 
7. Roger G. Noll, “Buyer power’ and Economic Policy”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, No. 2 (2005): 589-624, 613. Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/40843636>>: “In most cases monopsony harms consumers because the distortions it creates in an input market reduce the efficiency in final goods market”. Ver también OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, Policy Roundtables (2008), 9. Disponible en <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>.
  8. Noll, “Buyer power’ and Economic Policy”, 589-90. El autor explica que el interés por los efectos anticompetitivos derivados del poder de compra es nuevo. Cita, por ejemplo, el caso del Gobierno Federal de los Estados Unidos de América en contra de Great Atlantic and Pacific Tea Company, en el que se consideró que esta última violó las normas antitrust al obtener descuentos en las compras de alimentos que no estaban disponibles para otros operadores del mercado.
  9. OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, 10.
  10. Ver la conclusión dentro de informe SCPM-DNIAP-030-2016, de 15 de abril de 2016 del Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) de Ecuador: “En situación de dependencia económica, el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee poder de mercado sobre su contraparte”.
  11. Ver por ejemplo Gregory J. Werden, “Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in the New Light”, *Antitrust Law Journal*, vol. 74, No. 3 (2007): 1. Disponible en <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=975992](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975992)>.

En forma adicional a las situaciones descritas, la dependencia económica puede configurarse en casos en los cuales un agente de mercado depende económicamente de un proveedor –como cuando los distribuidores se ven obligados a adquirir marcas muy reconocidas–. En estos supuestos, el poder radica en el oferente de bienes o servicios. Ya sea que el abuso de dependencia económica se configure del lado de la oferta o de la demanda, el ejercicio del derecho a competir en el mercado de la parte más débil, está condicionado por el comportamiento de la contraparte.<sup>12</sup>

### EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE DEPENDENCIA ECONÓMICA Y LAS CONDUCTAS QUE SE CONSIDERAN ABUSIVAS

El criterio comúnmente utilizado para definir la existencia de dependencia económica es la probabilidad para encontrar una *alternativa equivalente* de comercialización.<sup>13</sup> De no existir tales alternativas, el distribuidor o el proveedor pasan a ser contrapartes obligatorias, que pueden imponer condiciones comerciales injustas.<sup>14</sup> Los criterios para determinar la inexistencia de alternativa equivalente han sido diversos:

- a) Un criterio aplicado por las cortes francesas ha sido el porcentaje de facturación o volumen de negocios que las ventas a la parte con mayor poder de negociación representa en el total de ventas de la parte más débil. Mientras más alto sea el porcentaje de facturación que depende de un solo cliente, existe más posibilidad de que se configure una situación de dependencia económica. En este sentido, algunas sentencias han considerado que se configura dependencia económica cuando las ventas a otros clientes no permiten siquiera cubrir los costos fijos.<sup>15</sup> Si bien no existe un umbral unánimemente aceptado a partir del cual se considere que el porcentaje de facturación revela dependencia económi-

---

12. Ver Mor Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 2. Disponible en [http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum\\_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf](http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf).

13. Juan Andrés García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, en Luis Ortiz Blanco y Rosario León Jiménez, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. 4, 389-410 (Madrid: Dykinson, 2003), 393. Ver también Mor Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 10. Este autor se refiere al criterio de *imposibilidad o costos* de encontrar una alternativa equivalente.

14. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 11.

15. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 396.

ca, algunas cortes francesas han considerado que un nivel del 22% ya es indicativo de tal situación, mientras que otras han estimado que niveles superiores al 50% no determinan que exista dependencia económica.<sup>16</sup> Adicionalmente, en cada caso debe analizarse el tipo de producto. Como bien se ha explicado, para un oferente de productos a la medida, será más difícil encontrar compradores sustitutos,<sup>17</sup> aunque su porcentaje de ventas a un solo comprador no llegue al 50%.

- b) Para parte de la doctrina, la conducta debe revestir un carácter continuo, pues de lo contrario no podría asumirse que existe propiamente dependencia económica.<sup>18</sup>
- c) La posibilidad de no encontrar alternativas equivalentes a los mismos costos para la parte más débil, se ha vinculado con cierta posición de dominio en el mercado de la parte más fuerte –que no requiere llegar al nivel para sancionarle por abuso de posición de dominio–, de tal forma que esta última pueda imponer condiciones gravosas para sus proveedores o distribuidores sin mermar su participación en el mercado.<sup>19</sup> La doctrina ha recomendado que el análisis se haga tanto de la participación del comprador en mercado aguas arriba, como en mercado aguas abajo.<sup>20</sup>
- d) Mientras más conocido sea el producto de los proveedores cuya presencia resulte importante para el distribuidor, las relaciones tenderán a equilibrarse,<sup>21</sup> y, por lo tanto, será menor la posibilidad de que se determine que existió dependencia económica.
- e) En el caso ecuatoriano, tal como sucede en la legislación española, la situación de dependencia económica se presume *iuris tantum* cuando la parte débil debe

---

16. *Ibid.*, 398. El autor hace referencia a casos franceses y españoles en los que se han aplicado diferentes criterios sobre umbrales. Nos parece particularmente relevante la cita de una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Asunto de la Mutua Madrileña, según la cual “no bastaría, en el marco de la del artículo 7 de la LDC, ni siquiera que una empresa demostrara que ha sido tradicionalmente suministradora de otra en porcentajes del 90 o del 100 por 100 de su actividad. Porque lo que importa a efectos de la aplicación de la LDC es la defensa del interés público consistente en proteger las condiciones de funcionamiento de la libre competencia en el mercado”.

17. *Ibid.*, 402.

18. *Ibid.*, 399.

19. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 13.

20. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 409.

21. *Ibid.*, 399.

conceder a su cliente de forma regular ventajas adicionales a las que se concederían ordinariamente a contrapartes similares.<sup>22</sup>

Después de definir que un operador económico es dependiente de otro, es necesario entender si el que ostenta mayor poder de negociación incurrió en un abuso. En el derecho comparado se considera abusiva una variada gama de situaciones. Por ejemplo, la autoridad de competencia alemana reportó como formas de abuso la imposición de descuentos retroactivos, la negativa a proveer productos indispensables (*must-stock products*), y la imposición al franquiciado de la obligación de exclusividad para la compra de productos al franquiciante.<sup>23</sup> En el sector específico de ventas al por menor, se han considerado como conductas abusivas: provisiones contractuales injustas e injustificadas con relación a la devolución de productos, exigencia de pagos por localización de los productos de proveedores en las perchas de distribuidores, pagos injustificados por empezar a comercializar bienes de los proveedores, imposición de largos plazos para el pago a proveedores, sanciones excesivas en caso de incumplimiento contractual, entre otras.<sup>24</sup>

En Ecuador, las conductas que la LORCPM califica como abusivas por parte del legislador se asemejan a las previstas en el caso español, y se han orientado a la ruptura intempestiva de relaciones comerciales, obtención de ventajas no pactadas o fuera del mercado, imposición de precios, u otras condiciones comerciales de precios o condiciones comerciales de servicios no equitativos.

## TENDENCIAS REGULATORIAS

La mayoría de legislaciones sobre competencia no prevén la figura de dependencia económica, aun cuando en los últimos años se registra un interés creciente en la misma.<sup>25</sup> Cuando no existen disposiciones sobre dependencia económica, los casos de

---

22. Ecuador, LORCPM, art. 10: “Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

23. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power” (2008), 21. Disponible en <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>>.

24. *Ibíd.* Estas conductas fueron reportadas como abusivas por la autoridad letonia de competencia.

25. Sobre la necesidad de introducir normas sobre dependencia económica en la legislación estadounidense ver Albert Foe, “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”, 8. Este autor explica cómo a nivel teórico la figura del APDSDE no ha encontrado cabida en el Derecho de competencia de los Estados Unidos de América, fuertemente influenciados

abuso de operadores económicos se resuelven aplicando normas generales relativas al abuso de posición de dominio, que se dirigen a evitar conductas exclusorias frente a los competidores y explotativas frente a los consumidores, lo que para algunos es suficiente.<sup>26</sup> Desde esta perspectiva, la intervención de normas de competencia en situaciones de desequilibrio contractual –situación habitual y connatural al funcionamiento del mercado– se percibe como innecesaria, por considerarse que no existe un efecto anticompetitivo claro en estos escenarios.<sup>27</sup> Consecuentemente, la injusticia contractual se resuelve aplicando normas generales sobre los contratos (como la necesidad de actuar de buena fe, o la regla de interpretación contractual según la cual la ambigüedad de una cláusula se establece en contra de quienes la han impuesto), pero no normas de competencia. En Latinoamérica, por ejemplo, esta ha sido la posición de las legislaciones de competencia de Brasil y Chile.<sup>28</sup>

A la tendencia planteada en líneas anteriores, se opone la que defiende la necesidad de normas específicas para el caso de abuso en situación de dependencia económica. Las legislaciones de varios países europeos y asiáticos, y en los últimos años el ordenamiento jurídico ecuatoriano, han recogido esta tesis.<sup>29</sup> En algunos casos, la regulación sobre dependencia económica se ha incluido en normas del derecho común, mientras que en otros casos se ha incorporado dentro de normas del Derecho de competencia, como pasamos a revisar:

**a) Regulación en leyes que no son de competencia:** en esta categoría, encontramos en primer lugar legislaciones que consagran la dependencia económica en cuerpos legislativos contentivos de reglas generales sobre responsabilidad civil. En Italia, por ejemplo, el abuso de una situación de dependencia económica se regula como un supuesto de responsabilidad civil incluido en la Ley No.

---

por la Escuela de Chicago, que ha mirado con poca simpatía intentos por proteger a pequeños productores a través de esta vía de intervención estatal, debido al riesgo de que se protejan negocios ineficientes y demanda que se tomen acciones para llenar vacíos que se presentan en la normativa que regula las relaciones verticales.

26. Por ejemplo, en el caso de Bélgica, aunque la inclusión de la figura de abuso de posición de dominio por dependencia económica fue considerada por el Legislativo, finalmente se la descartó, por considerar que podía generar confusión en relación con el alcance de la norma general sobre posición de dominio. Ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 18.
27. OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, 10.
28. Ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 11-2.
29. Para una revisión de la adopción de normas relativas al abuso de posición de dominio, ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”. Este documento recoge las respuestas de autoridades de competencia de 15 países y permite entender las diversas vertientes regulatorias sobre esta materia.

192 de junio de 1998, frente al cual es posible solicitar medidas cautelares y compensación.<sup>30</sup> En Francia, por otro lado, la dependencia económica se regula como una fuente de responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código de Comercio,<sup>31</sup> dependencia que eventualmente puede afectar la competencia.<sup>32</sup> El enfoque de estas legislaciones se define como *vertical*, para subrayar que los efectos nocivos que han sido relevantes para el legislador se producen fundamentalmente entre las partes.<sup>33</sup>

En segundo lugar, encontramos legislaciones que han incorporado la figura que es objeto de estudio en regulación seccional. Tal es el caso de Eslovenia, cuya Ley sobre cadenas de *retail*, expedida en 2003, contempla normas relacionadas con el abuso de poder económico en tal sector, lo que incluye extorsión, condiciones discriminatorias para los proveedores, obligaciones de vender a precios menores, transferencia de sanciones que se imponen al supermercado o a los proveedores, sin que estos últimos hayan sido responsables.<sup>34</sup>

- 
30. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 8: “The Italian Competition Authority has authority to intervene in this field only if the alleged abuse of economic dependence also has an impact on the protection of competition and the market”.
31. Francia, Código de Comercio, título IV, libro IV, L-442-6. Entre los supuestos de dependencia económica que consagra esta norma se encuentran prácticas discriminatorias y la imposición a la parte más débil de obligaciones o condiciones de negociación injustificadas, por ejemplo, penas desproporcionadas por ruptura contractual.
32. *Ibíd.*, L 420-2#. Según esta norma está prohibido, cuando pueda dañar la estructura de competencia, la explotación abusiva de una compañía o un grupo de compañías, de la condición de dependencia que pueda tener una compañía que consume o una compañía que provee que se encuentre en una situación *vis-a-vis* con la primera. El abuso puede consistir en la negativa a vender, ventas atadas, y otras prácticas discriminatorias mencionadas en el artículo L 442-6. Las autoridades francesas han reportado que las relaciones jurídicas en las que con mayor frecuencia se ha determinado la existencia de esta figura es aquella que tiene lugar entre supermercados y sus proveedores. Ver al respecto International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 8, nota 17.
33. García Alonso. “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 395.
34. República de Eslovenia, Act of Retail Chains, 2003.

**b) Regulación en normas para proteger la competencia económica:** este es el caso de países como Alemania,<sup>35</sup> Austria,<sup>36</sup> Bulgaria,<sup>37</sup> Corea del Sur,<sup>38</sup> España,<sup>39</sup> Japón,<sup>40</sup> y en los últimos años Ecuador.<sup>41</sup> El enfoque de estas legislaciones ha sido considerado como *horizontal*, en cuanto que, a más de los perjuicios que puedan sufrir las partes más débiles, se asume que existe un riesgo de daño a la competencia.<sup>42</sup>

La actual sección 20 (2) de la influyente ARC alemana se refiere a una *posición de dominio relativa*.<sup>43</sup> En esta norma se establecen algunos conceptos que han trascendido a otras legislaciones, entre los que destacamos dos:

- 
35. Alemania, Act against Restraints of Competition (ARC), sección 19 (2) y 20 (2).
  36. La Austrian Cartel Law incluye una definición de dependencia económica, al tratar la figura de abuso de posición de dominio: “dominance is also given in a situation where a company has superior position on the market vis-à-vis their suppliers or customers, in particular when the affected suppliers or customers are dependent on the maintenance of business relations with this company in order to avoid very heavy financial losses”.
  37. En julio de 2015 el parlamento de Bulgaria adoptó un paquete de medidas destinadas a combatir prácticas injustas entre empresas en la cadena de retail. Junto con modificaciones en regulación sobre alimentos, se aprobó la incorporación de reglas prohibitivas del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Ver al respecto Baker McKensie, “Bulgaria: New Regulation against Abuse of Economic Dependence”, 13 de junio de 2015. Disponible en <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55bcbcd2-115d-49cf-8041-a5ef650c7d64>>. Sobre la aplicación de esta norma ver C’M’S, “Bulgarian Competition Authority Fines a Major Food Retailer for Abuse of Superior Bargaining Position”, de 19 de enero de 2017. Disponible en <<http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/01/bulgarian-competition-authority-fines-a-major-food-retailer-for-abuse-of-superior-bargaining-position>>.
  38. Corea del Sur, Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA), art. 23.
  39. Actualmente las reglas sobre dependencia económica se encuentran incluidas en el art. 16 (2) de la Ley de Competencia Desleal y art. 12 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Sobre la historia legislativa de la figura de abuso de dependencia económica en España ver Ignacio Herrera Anchustegui, “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el asunto EDEKA”, en *Competencia y Regulación*. s. l., 2015. Disponible en <<http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>>.
  40. Japón, Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (APPMFT), 1947, art. 2, parágrafo (9), ítem (v), introducidos por la Act for Partial Revision of the Antimonopoly Act, 2009. Para una revisión de los criterios de aplicación del APDSDE ver Japan Fair Trade Commission, *Guidelines concerning abuse of superior bargaining power under the Antimonopoly Act* (2010). Disponible en <[https://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines.files/101130GL.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/101130GL.pdf)>.
  41. Ecuador, LORCPM, art. 10.
  42. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 396.
  43. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 24.

- La dependencia económica se cifra en no tener *suficientes y razonables* posibilidades de cambiar de contraparte en la relación comercial.
- La dependencia económica se presume cuando una pequeña o mediana empresa que actúa como proveedor debe conceder beneficios especiales al comprador que no son comunes en la industria.

Detrás de la inclusión del abuso de posición de dominio relativa en la legislación sobre competencia se encuentra la idea:

no solo las conductas de los operadores económicos que ostentan una posición de dominio pueden distorsionar la competencia. De hecho, la conducta de empresas que son capaces de ejercer poder de mercado solo hasta cierto límite y en relación a ciertas empresas pueden provocar un efecto negativo sobre la competencia.<sup>44</sup>

En esta línea de razonamiento, la necesidad de prever mecanismos legales de prevención y sanción del APDSDE es indispensable para salvaguardar la libertad de competir que puede verse mercedada ante *restricciones estructurales*.<sup>45</sup> A la luz de este razonamiento no se trata de proteger a operadores económicos ineficientes –situación atentatoria contra las reglas del mercado–, sino de evitar que operadores económicos que tienen menos poder de negociación vean restringida su libertad de competir por razones diferentes a su ineficiencia.<sup>46</sup>

---

44. *Ibid.*, 15. En este sentido ver Bakoum, “Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance”, 3. El autor sostiene que la imposición de condiciones comerciales por la parte más fuerte puede afectar la habilidad de la parte más débil para competir en el mercado.

45. Bakoum, “Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance”, 17.

46. Japan Fair Trade Commission, *Guidelines concerning abuse of superior bargaining power under the Antimonopoly Act*, 3: “if a party who has superior bargaining position against the other transacting party makes use of such position to impose a disadvantage on the transacting party, unjustly in light of normal business practices, such act would impede transactions based on the free and independently select of the said transacting party, and put the said transacting party in a disadvantageous competitive position against its competitors, while putting the party having superior bargaining position in an advantageous competitive position against its competitors”. Ver también Daniel Jaramillo Calderón, Eduardo Esparza Paula, Ricardo, Freire Granja y Vicente Abril Kempainen, *El APDSDE en el derecho de competencia ecuatoriano. Una propuesta metodológica para su análisis* (Quito: SCPM, s. a.), 21. Disponible en <[http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2017/02/Abuso-en-dependencia-econo%CC%81mica-v.Final\\_.pdf](http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2017/02/Abuso-en-dependencia-econo%CC%81mica-v.Final_.pdf)>.

**LA RELACIÓN ENTRE EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y EL APDSDE**

En principio, las características propias del abuso de posición de dominio y del APDSDE permiten distinguir conceptualmente estas diferencias:<sup>47</sup>

	<b>Abuso de posición de dominio</b>	<b>APDSDE</b>
<b>Necesidad de determinar el mercado relevante</b>	Indispensable	Al evaluarse una situación vis-à-vis, una parte de la doctrina considera que no es necesario determinar el mercado relevante, <sup>48</sup> posición con la que coincidimos. Como veremos, en el caso ecuatoriano la SCPM sí determina el mercado relevante también en estos casos.
<b>Posición de los operadores económicos en el mercado relevante</b>	La parte que incurre en la infracción debe tener posición de dominio dentro de un mercado relevante determinado.	La parte que incurre en la infracción no necesariamente debe tener posición de dominio en un mercado relevante.
<b>Conducta</b>	Conductas exclusorias y explotativas orientadas a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.	Imposición de condiciones contractuales abusivas en el contexto de transacciones comerciales.
<b>Efectos</b>	Los efectos que interesan a la autoridad son los que se producen o pueden producirse en el mercado.	Los efectos que interesan a la autoridad son generalmente los que se producen o pueden producirse frente a la parte más débil. <sup>49</sup>

Sin embargo, pese a las diferencias que quedan anotadas, es claro que el abuso de posición de dominio, como tradicionalmente ha sido entendido por el Derecho de competencia, puede coexistir con el APDSDE. De hecho, la constatación de abuso de

47. Esta tabla ha sido elaborada por la autora y sistematiza algunos aspectos relevantes de los reportes de autoridades de competencia de Japón, Francia, Italia, Alemania, Corea del Sur, recogidos en International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 18.

48. Ver por ejemplo Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 13: “[...] the concept of market power is relative here [en el caso de APDSDE]. It does not extend to a dominant position or a monopoly. It is not analyzed taking into account the relevant market”.

49. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 36: “Among the seven jurisdictions reporting specific provisions, only one jurisdiction (Germany) required effects on competition to prove ASBP while the other six jurisdictions (Austria, France, Italy, Japan, Korea and Slovak Republic) do not require effects on competition to be demonstrated”.

una situación de dependencia económica puede ser un indicio de que existe abuso de posición de dominio.<sup>50</sup> Esta relación ha sido plasmada en la LORCPM, según la cual constituye una forma de abuso de situación de dependencia económica “la utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares”.<sup>51</sup>

## **ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA REGULACIÓN DEL APDSDE EN EL CASO ECUATORIANO. APUNTES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS CASOS MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA Y CORPORACIÓN EL ROSADO**

La política de competencia tiene carácter instrumental, pues su orientación depende de los objetivos que un Estado se plantee en materia económica. En este orden de ideas, la importancia que el segmento de economía popular y solidaria reviste dentro del sistema de economía popular y solidaria consagrado constitucionalmente<sup>52</sup> (art. 283), así como la búsqueda de condiciones de intercambio justas,<sup>53</sup> confieren particular relevancia a herramientas que desde el Derecho de competencia promueven mayor equilibrio en las relaciones entre productores y grandes compradores.

A más de corresponder al contexto constitucional, el actual artículo 10 LORCPM que consagra el APDSDE se alinea con la corriente de pensamiento que articula la política de competencia y desarrollo. Desde esta perspectiva, la protección de la libertad económica de acceso al mercado de los pequeños operadores económicos es

---

50. *Ibíd.*

51. (art. 10, num. 3, LORCPM).

52. De una interpretación sistemática de las normas que integran el Régimen de Desarrollo en la Constitución ecuatoriana de 2008, puede inferirse claramente que uno de los rasgos esenciales del sistema económico social y solidario es la promoción de actores asociativos pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, como un mecanismo de democratización de la economía. Por ejemplo, en la Constitución se establece que es deber del Estado promover las redes de productores y consumidores (art. 281, num. 10) –a fin de evitar que las ganancias sean retenidas en los distribuidores–; que el impulso del comercio justo es objetivo de la política comercial (art. 304, num. 5 y 336); se reconoce la existencia de un sector financiero popular y solidario y se determina que sus iniciativas, así como las de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado (art. 311).

53. Ver Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (CRE), art. 284, num. 8. En esta norma se consagra como un objetivo de la política económica: “Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”.

un requisito esencial para la creación de mercados competitivos en países en vías de desarrollo,<sup>54</sup> y constituye un mecanismo de supervivencia de pequeños productores –especialmente en el sector agrícola– frente a prácticas de empresas multinacionales y de grandes empresas locales.<sup>55</sup>

A pesar de la relevancia del APDSDE dentro del contexto constitucional económico nacional, es claro que la regulación de esta figura presenta importantes vacíos, cuya existencia se confirma al analizar las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (CRPI-SCPM) expedidas dentro del expediente SCPM-CRPI-0062-2016, de 22 de febrero de 2017 –dentro del proceso iniciado contra CORPORACIÓN EL ROSADO S. A.–; SCPM-CRPI-2016-061, de 8 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra Tiendas Industriales Asociadas (TIA) S. A.–; SCPM-CRPI-063-2016, de 9 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra CORPORACIÓN FAVORITA C. A.–; y SCRPI-CRPI-2016-064, de 9 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra MEGA SANTA MARÍA S. A.–.

Como antecedente de las mismas, cabe mencionar que mediante informe SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014 se identificaron posibles conductas de los supermercados que podían afectar a los proveedores. En este informe se destaca además que el abuso de la situación de dependencia económica puede producir impactos en el sistema de competencia, en los siguientes términos:

El impacto de la situación de concentración en el sector de supermercados en el Ecuador, favorece el poder de comprar de los supermercados sobre las empresas proveedoras. Esto puede desencadenar en que se vea reducida la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas en calidad, cantidad y servicio que repercute en el consumidor final.

Vale la pena relieves la preocupación que la autoridad de control y la Junta de Regulación en la materia han manifestado en los últimos años con relación a conductas

---

54. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 23.

55. El art. 10 LORCPM, establece que “Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas”. Ver también Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 23.

abusivas de cadenas de supermercados, al extremo de generar manuales, instructivos y normas regulatorias de buenas prácticas en tal sector de forma caótica.<sup>56</sup> Excede el ámbito de este artículo un análisis de estas directrices, pero de ellas se infiere claramente la intención estatal de evitar abusos por parte de cadenas de supermercados a sus proveedores.

Aunque inicialmente se entabló una sola investigación en contra de varias cadenas de supermercados,<sup>57</sup> posteriormente la autoridad decidió que en cada caso existen condiciones específicas, considerando más conveniente realizar una investigación formal de cada uno de los operadores económicos. El cargo que fue materia de investigación en estos casos fue la supuesta “imposición de forma directa de precios y condiciones comerciales” (que la autoridad entiende comprendido dentro del art. 10, num. 4, LORCPM).

#### **EL CRITERIO PARA DETERMINAR QUE NO EXISTE UNA ALTERNATIVA EQUIVALENTE**

En estos casos la CRPI-SCPM sostuvo el criterio de que el umbral para determinar que existe dependencia económica es el 50% de la facturación concentrada en un solo cliente. Sin embargo, la explicación para acoger tal umbral no resulta satisfactoria. La CRPI se limita a decir que la legislación española consagra este criterio, sin precisar la fuente legal a la que se refiere, y que tal 50% fue un criterio sugerido al Congreso

---

56. El Superintendente de Control de Poder de Mercado emitió la Res. SCPM-DS-057-2014, de 29 de agosto de 2014, reformada por las Res. SCPM-DS-075-2014, de 28 de noviembre de 2014, así como la Res. SCPM-DS-082-2015, de 31 de diciembre de 2015. Por su parte la Junta de Regulación de la LORCPM expidió la Res. 008, de 1 de septiembre de 2015 y la Res. 014, de 4 de enero de 2017. Evidentemente, los límites de las competencias regulatorias de SCPM y Junta de Regulación de LORCPM han resultado en la práctica difusos, lo que ha generado un ambiente de inseguridad jurídica para los operadores económicos. Al respecto, la Procuraduría General del Estado, se ha pronunciado de la siguiente forma: “En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 37 inciso segundo, 42 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y el Superintendente como máxima autoridad de ese Organismo, tiene atribución para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, así como para elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de la referida Ley Orgánica, mismas que deberán guardar armonía y observar los lineamientos que establezcan las normas que expida la Junta de Regulación”. Ver Absolución de Consulta de la Procuraduría General del Estado, contenida en OF. PGE. No. 08862 de 16 de diciembre de 2016.

57. Corporación Favorita C. A., Corporación El Rosado S. A., Tiendas Industriales Asociadas (TIA) S. A. y MEGA SANTA MARÍA S. A.

Español por la aglutinación de partidos ultranacionalistas catalanes Convergencia y Unión, sin ninguna reflexión de fondo. La CRPI obvia considerar que, dependiendo del tipo de producto, tal umbral puede no ser adecuado, como se analizó previamente.

Más adecuada resulta la invocación de los estándares de suficiencia y razonabilidad que, como vimos, están claramente establecidos en la legislación alemana. Tales estándares se entienden por la autoridad nacional de la siguiente manera: “que el volumen esperado de sus transacciones con el nuevo par comercial sea al menos igual al original y que el cambio no implique un costo excesivo”.

La CRPI-SCPM cita también un pronunciamiento español tendiente a subrayar el importante rol como compradores que tienen los supermercados frente, por ejemplo, a tiendas de barrio, situación que impone para muchos proveedores la necesidad de vender a tales negocios.<sup>58</sup>

#### LA AUSENCIA DE UNA SANCIÓN LEGALMENTE ESTABLECIDA Y SUS CONSECUENCIAS

El legislador nacional no estableció una sanción para el APDSDE prohibido en el mencionado art. 10 LORCPM.<sup>59</sup> Si bien el Reglamento de esta ley<sup>60</sup> intentó llenar este vacío,<sup>61</sup> a fin de no violentar el principio *nullum crime, nullum poena, sine lege*, previsto en el art. 76 num. 3 de la CRE, la SCPM no puede imponer sanciones pecuniarias en casos de APDSDE.

En las resoluciones que se analizan, la CRPI-SCPM asumió esta limitación y estableció que “para el presente caso si bien el artículo 10 LORCPM prohíbe las conductas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, esta conducta no constituye infracción, pero está sujeta al control y la regulación por parte de la autoridad de competencia”. Al respecto, resulta importante el esfuerzo de la entidad de control para que el art. 10 LORCPM no devenga en ineficaz ante la falta de sanción legalmente establecida.

---

58. España, Audiencia Provincial de Madrid, sentencia 313, de 28 de octubre de 2011.

59. El art. 79 LORCPM no prevé una sanción para la infracción contemplada en el art. 10 de esta ley.

60. Ecuador, Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el R. O. 697, de 7 de mayo de 2012.

61. Ver art. 6, RLORCPM: “...Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción”.

En esta línea de razonamiento, la autoridad se abstuvo de imponer una multa y, en su lugar, dispuso la práctica de una serie de medidas correctivas consistentes, en primer lugar, en obligaciones de hacer para los supermercados, tales como suscribir contratos de provisión con sus proveedores, así como una serie de documentos tendientes a garantizar que las condiciones comerciales no sean impuestas, sino negociadas. Consideramos que medidas de esta naturaleza resultan artificiosas. Ni la prohibición del num. 4 del art. 10 consiste en la *imposición de condiciones*, como parece entender la autoridad de control,<sup>62</sup> ni imponer que las condiciones sean negociadas tiene mayor potencial para dejar sin efecto la asimetría que de facto existe entre las partes. Tal como sucede en el ámbito de consumo, antes que forzar una negociación, es más importante que se establezcan los lineamientos para que las condiciones preestablecidas no resulten abusivas (lo que en parte se hizo, por ejemplo, definiendo tiempos máximos de pago). Esta es la dirección en la que realmente se debiera trabajar en este tipo de resoluciones.

Adicionalmente, las obligaciones de hacer impuestas al Supermercado incluyeron la realización de una serie de actividades orientadas a la capacitación de los proveedores y a la difusión de material de estudio relativo a la figura de dependencia económica. También se impusieron obligaciones de no hacer: concretamente abstenerse de terminar las relaciones comerciales con los proveedores que fueron beneficiarios de medidas preventivas dentro del proceso.

## APDSDE VS. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Un argumento destacado de la defensa de MEGA SANTAMARÍA, CORPORACIÓN FAVORITA y CORPORACIÓN EL ROSADO fue que en la legislación nacional el APDSDE solo procede en caso de que la autoridad determine que existe posición de dominio, bajo una línea de razonamiento que puede sintetizarse en que el abuso de posición de dominio es el género, y el APDSDE es la especie. Como consecuencia, la entidad investigada sostuvo que para que exista abuso de posición de dominio *relativa* debía primero probarse la existencia de abuso de posición de dominio, que consideraba inexistente para el caso en cuestión.

---

62. El num. 4 del art. 10 LORCPM establece como conducta abusiva: “4. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios *no equitativos*”. Como sucede en el ámbito de consumo –en el cual el nivel de protección es mayor–, se permite que la parte más fuerte pueda establecer condiciones generales de contratación a los que la parte más débil solo se adhiere, pero se prohíbe el carácter abusivo o inequitativo de tales condiciones generales.

La CRPI desechó tal argumento. En su lugar, sostuvo una interpretación más acorde con la doctrina, en el sentido de que el APDSDE (art. 10 LORCPM), tiene diferencias con el abuso de posición de dominio (art. 9 LORCPM):

para que exista abuso conforme a lo señalado en el art. 9 de la LORCPM, el requisito es que el operador ostente poder de mercado; mientras que se configure un abuso según el art. 10 del mismo cuerpo legal, el operador deberá ostentar poder de mercado en situación de dependencia económica. Si este no fuere el caso, no se entendería la razón de haber separado las infracciones del artículo 10, en lugar de incluirlas dentro del mismo artículo 9 de la LORCPM.<sup>63</sup>

Esta interpretación, a la luz de los elementos conceptuales que hemos señalado, resulta acertada. Excepcionalmente, si el cargo contra el operador económico es la utilización del poder de mercado para generar o mantener una situación de dependencia económica (art. 10, num. 3 LORCPM), sería necesario determinar previamente si el operador económico investigado goza de una posición de dominio.

#### **LA NECESIDAD DE DEFINIR UN MERCADO RELEVANTE EN CASOS DE APDSDE**

En estos casos se definió un mercado relevante. Más allá de la estrechez o amplitud con la que la autoridad haya definido el mercado relevante en estos casos –asunto que siempre encierra un elemento subjetivo–, debe anotarse que la posición de la CRPI con relación a este punto resulta, en nuestro criterio, contradictoria. A pesar de que la autoridad diferenció entre abuso de posición de dominio y APDSDE, consideró indispensable definir un mercado relevante –categoría inherente a procesos en los cuales se busca determinar la *afección al mercado* de una conducta determinada–. Dado que en estos casos lo que se persigue fundamentalmente es determinar la situación de abuso *entre las partes*, la definición de mercado relevante parece inoficiosa, salvo al conocerse un caso a la luz del mencionado numeral 3 del artículo 10 de la LORCPM. La definición de mercado relevante de producto fue demasiado amplia. Así, en el caso MEGA SANTAMARÍA, por dar un ejemplo, el mercado relevante de producto se definió como: “todos los bienes que son vendidos a los supermercados, por parte de cada

---

63. Opinión vertida en el informe de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), al que se remite la resolución que es materia de análisis.

uno de los proveedores, siempre y cuando estos productos sean destinados a la venta al consumidor final a través de los autoservicios de cada establecimiento”.

Si bien el art. 5 LORCPM dispone que “a efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante”, lo lógico es que tal determinación tenga lugar en cada caso en el que sea necesario definir un mercado relevante.

### **EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVESTIGADO**

El ejercicio del derecho de contradicción –componente importante del derecho de defensa– exige que la parte investigada en cualquier proceso conozca con exactitud los cargos que se le imputan. En las resoluciones mencionadas llama la atención que la apertura de la etapa de investigación formal se haya iniciado “por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas conforme lo establecido en los artículos 3 y 4 de del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado *y de las posibles conductas que previa investigación podrían ser objeto de sanción dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad*”.

Por otra parte, en estos casos la posibilidad de contradicción de las pruebas aportadas por la autoridad fue un asunto de importancia capital. Las principales pruebas en contra de los operadores económicos fueron encuestas practicadas por la autoridad a los proveedores. En el caso de TIA, el investigado reclamó no haber tenido acceso “a la plantilla C de los supuestos proveedores afectados”, la cual fue declarada confidencial por la CRPI, de tal forma que el investigado sostuvo que, aunque en el proceso se conocieron los resultados de tales encuestas, no fue posible para los operadores investigados preguntar a quienes respondieron las mismas. Para la autoridad, tal plantilla constituía un documento privado, admisible a la luz del artículo 193 del COGEP, y, por lo tanto, era intrascendente preguntar a los proveedores encuestados.

La autoridad de competencia debe ser sumamente cauta en el resguardo del debido proceso. Desde nuestra perspectiva, las pruebas que se basen en encuestas sin que la parte procesada pueda contradecir los hallazgos de las mismas, así como la metodología bajo la cual se aplicaron, pueden en efecto constituir una violación al debido proceso en su vertiente del derecho de contradicción. La confidencialidad en los procesos de competencia debe dirigirse a resguardar aquella información cuya divulgación ocasionaría un perjuicio económico para las partes, tal como la información con valor comercial que no es pública, pero no puede inhibir el ejercicio del mencionado derecho.

## CONCLUSIÓN

Pese a la relevancia del APDSDE en el contexto de un sistema económico popular y solidario, existen evidentes problemas de orden sustantivo y procesal para aplicar esta figura. Entre los aspectos más importantes, los pronunciamientos de la SCPM y de los jueces deben profundizar en la explicación del criterio determinante para definir la situación de dependencia económica, es decir, la falta de una alternativa equivalente. Debe también reflexionarse con mayor profundidad sobre la necesidad de definir en estos casos un mercado relevante. A nivel procesal, es necesario que la autoridad se concentre en la protección del derecho de contradicción de los justiciables y en establecer medidas correctivas proporcionales al bien que se quiere resguardar. El uso del mecanismo de encuestas debe permitir a los operadores económicos conocer con claridad la metodología de elaboración de las mismas y llamar a declaración a los encuestados que se estimen necesarios. Finalmente, la aplicación de medidas correctivas antes que sancionatorias resulta en nuestro criterio mucho más adecuado a las necesidades de las partes que cualquier sanción pecuniaria que se pueda establecer.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bakoum, Mor. “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”. Disponible en [http://ascola-tokyo-conference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum\\_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf](http://ascola-tokyo-conference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf).
- Foe, Albert. “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”. Documento de Trabajo No. 16-02. s. l.: American Antitrust Institute, s. a. Disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/AAI%20Working%20Paper%20Bakoum%2016-02.pdf>.
- García Alonso, Juan Andrés. “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”. En Luis Ortiz Blanco y Rosario León Jiménez, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. 4. Madrid: Dykinson, 2003.
- Herrera Anchustegui, Ignacio. “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el asunto EDEKA”. En *Competencia y Regulación*. s. l., 2015. Disponible en <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>.
- Jaramillo Calderón, Daniel, Eduardo Esparza Paula, Ricardo Freire Granja y Vicente Abril Kempainen. *El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica en el derecho de competencia ecuatoriano. Una propuesta metodológica para su análisis*. Quito: Superintendencia de Control de Poder de Mercado, s. a. Disponible en <http://www>.

sepm.gob.ec/wp-content/uploads/2017/02/Abuso-en-dependencia-econo%CC%81mica-v.Final\_.pdf.

Jenny, Frédéric. “The Coming out’ of Superior Bargaining Power in the Antitrust World”. En Barry E. Hawk, edit., *International Antitrust Law & Policy*. Nueva York: Juris Publishing, 2009.

Momberg Uribe, Rodrigo. “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 25 (2015).

Noll, Roger G. “Buyer Power’ and Economic Policy”. *Antitrust Law Journal*, vol. 72, No. 2 (2005). Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/40843636>>.

Takigawa, Toshiaki. “Regulating Abuse of Bargaining Position throughout the Competition Law: Japanese Regulation in Comparison with the EU’s Explotative Abuse Regulation”, ASCOLA Tokyo Conference (2015). Disponible en <[http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%203/Toshiaki%20Takigawa\\_Superi-BargAbuse\\_Ascola\\_May2015.pdf](http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%203/Toshiaki%20Takigawa_Superi-BargAbuse_Ascola_May2015.pdf)>.

Werden, Gregory J. “Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in the New Light” (2007). Disponible en <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=975992](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975992)>.

#### DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

International Competition Network. “Report on Abuse of Superior Bargaining Power” (2008). Disponible en <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>>.

Japan Fair Trade Commission. *Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Power under the Antimonopoly Act* (2010). Disponible en <[https://www.jftc.go.jp/en/legislation\\_gls/imonopoly\\_guidelines.files/101130GL.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/101130GL.pdf)>.

OCDE. “Monopsony and buyer power”, Policy Roundtables (2008). Disponible en <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>.

#### NOTICIAS LEGALES

C’M’S. “Bulgarian Competition Authority fines a Major Food Retailer for Abuse of Superior Bargaining Position”, 19 de enero de 2017. Disponible en <<http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/01/bulgarian-competition-authority-fines-a-major-food-retailer-for-abuse-of-superior-bargaining-position>>.

McKensie, Baker. “Bulgaria: New Regulation against Abuse of Economic Dependence”, 13 de junio de 2015. Disponible en <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55bcbcd2-115d-49cf-8041-a5ef650c7d64>>.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2017